

Message 303

Communication de la Commission - SG(2003) D/51200

Directive 98/34/CE

Notification: 2003/0127/F

Observations de la Commission (article 8, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE). Ces observations ne prolongent pas le délai de statu quo.

Bemärkninger - Bemerkungen - Παρατηρήσεις - Comments - Observaciones - Observations - Osservazioni - Opmerkingen - Observacoes - Huomautuksia - Synpunkter.

Status quo fristen forlänges ikke - Keine Verlängerung des Status quo - Δεν παρατείνει την προθεσμία του status quo - Standstill period not prolonged - No prolongan el plazo de statu quo - Ne prolongent pas le délai de statu quo - Non prorogano il termine dello status quo - De status-quo-periode wordt niet verlengd - Nao prolongam o prazo do statu quo - Eivät jatka status quon määräaika - Förlänger inte tiden för status quo.

(MSG: 200301200.FR)

1. MSG 303 SERV 2003 0127 F FR 09-07-2003 20-06-2003 COM 8.2/COM 09-07-2003

2. Commission

3. 

4. 2003/0127/F - SERV

5. Article 8, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE

6. Notification 2003/0127/F

Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique

Emission d'observations au sens de l'article 8, paragraphe 2 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998

La Commission a reçu le 8 avril 2003 le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique tel que modifié par l'Assemblée Nationale. L'examen de ce projet amène la Commission à adresser aux autorités françaises les observations suivantes.

I. Remarques générales

La présente analyse est effectuée à la lumière de la notification aux termes de la directive 98/34/CE, modifiée par la directive 98/48/CE, et ceci sans préjudice de futures notifications aux termes des directives 2000/31/CE et 2002/58/CE ni de l'analyse finale de la mesure notifiée.

La Commission souligne que, en vertu de l'article 12 de la directive 98/34/CE, le projet de loi devrait indiquer qu'il a été notifié selon la procédure prévue par la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE.

Elle rappelle aussi que, dans le cas où au cours de la suite de la procédure législative nationale, des dispositions du projet de loi devraient faire l'objet de modifications substantielles, il serait nécessaire que les autorités françaises procèdent, conformément à l'article 8 paragraphe premier troisième alinéa de la directive 98/34/CE, à une nouvelle notification de ces dispositions.

La Commission attire en outre l'attention des autorités françaises sur l'obligation de notification ultérieure des projets d'actes visant à donner application aux dispositions du présent projet de loi, à les préciser ou à imposer d'autres obligations.

Les présentes observations sont émises sans préjudice de la position que la Commission pourrait adopter concernant la transposition par les autorités françaises du cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (en particulier les directives 2002/19/CE à 2002/22/CE et la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques). Il est d'ailleurs possible que certaines dispositions de la présente loi touchant aux réseaux et aux services de communications électroniques doivent être notifiées dans le cadre de la notification des mesures de transposition de ce nouveau cadre réglementaire commun.

La Commission pourrait ainsi être amenée à examiner la compatibilité et la cohérence des mesures en question avec le nouveau cadre réglementaire. Par exemple, il est introduit dans le chapitre 1er, article 1er, une définition de la communication publique en ligne, qui pourrait avoir un impact direct sur l'application des dispositions du nouveau cadre aux réseaux ou services de communications électroniques (et notamment à la transmission de signaux).

L'attention des autorités françaises est également attirée sur le fait que le nouveau cadre réglementaire (tout comme le cadre actuel) exige que les autorités réglementaires soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toute organisation assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Dans le chapitre 1er A du présent projet de loi, les collectivités territoriales (qui exercent souvent des fonctions réglementaires, notamment en ce qui concerne les droits de passage et les permis de construire) peuvent établir et exploiter des réseaux de communications électroniques. Dans ce cas il semblerait nécessaire de prévoir expressément, dans le droit français, la séparation juridique et fonctionnelle requise ou de retirer les fonctions réglementaires aux collectivités territoriales qui s'engagent dans l'exploitation de réseaux ou de services de communications électroniques.

II. Remarques spécifiques au regard de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (ci-après "la directive")

Le projet amende l'avant-projet de loi sur l'économie numérique qui avait déjà été notifié à la Commission (notification 2002/454/F) et sur lequel la Commission avait fait des observations le 26 février 2003. Ces observations reprenaient elles-mêmes en partie des observations déjà faites le 24 septembre 2001 sur un

projet de loi antérieur qui avait lui aussi été notifié à la Commission (notification 2001/272/F).

La Commission constate qu'un certain nombre de ces observations ne semblent pas avoir été prises en compte. Il s'agit :

- des observations sur l'article 4 : "Il faut aussi noter que la notion de « contenu » utilisée également dans les projets d'articles L-32-3-4 [devenu 32-3-3] et L-32-3-5 [devenu 32-3-4] pourrait conduire à des interprétations qui limiteraient le bénéfice de cette disposition uniquement au cas d'un contenu illégal (par exemple au regard de la protection des mineurs) sans couvrir le cas où, indépendamment du contenu, c'est l'activité, en tant que telle, de simple transport ou de « caching » qui est illicite (par exemple au regard du droit de la propriété intellectuelle).

En outre, ces projets d'articles ne font pas référence aux informations « fournies par un destinataire du service » et, en ce qui concerne l'article L-32-3-5 [devenu 32-3-4], au fait que la transmission ultérieure est faite « à la demande d'autres destinataire du service » comme cela est précisé à l'article 13 de la directive."

- des observations sur l'article 7, observations visant à assurer la conformité avec le 6ème tiret de l'annexe de la directive : « - le paragraphe a) du troisième alinéa [devenu article 7, II, 1°] contient une deuxième phrase ambiguë qui devrait être supprimée pour éviter toute insécurité juridique ou tout élargissement de la dérogation » ;

- des observations sur l'article 8 : « - Les conditions de fond et de procédure prévues aux paragraphes 4 et 5 de l'article 3 de la directive ne sont pas transposées. Ces conditions sont essentielles pour encadrer l'usage de la dérogation "au cas par cas" et devront être impérativement transposées au 17 janvier 2002 ; - ce projet d'article prévoit parmi les raisons permettant à une autorité de restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information provenant d'un autre Etat membre, la "protection des investisseurs autres que ceux mentionnés à l'article L.411-2 du code monétaire et financier" (c'est-à-dire les investisseurs autres que les "investisseurs qualifiés" ou ceux des "cercles restreints d'investisseurs"). Cette disposition serait non conforme à l'article 3 paragraphe 4 de la directive, lequel ne vise que les investisseurs qui agissent en tant que consommateurs au sens de l'article 2 paragraphe e). ; il s'agit donc d'éviter des critères incorrects de transposition dans le cadre de la dérogation au cas par cas. » ; la mention explicite aux cercles restreints d'investisseurs dans le nouveau texte ne répond pas à cette observation qui reste donc toujours pertinente ;

- des observations sur l'article 10 : « L'obligation de transparence prévue dans cet article, censé transposer l'article 6 paragraphe a) et b) de la directive, semble se limiter à la "publicité" alors que la directive utilise le concept de « communications commerciales » défini de manière très large à l'article 2 paragraphe f) de la directive (par exemple, il n'est pas certain que le parrainage, et les offres promotionnelles soient couverts par ce projet d'article). Si tel était le cas, ceci constituerait une transposition non conforme de la directive et cela irait à l'encontre de l'objectif d'assurer la pleine information du consommateur » ;

- des observations sur l'article 14 : « - nouvel article 1369-1 [devenu 1108-1] du code civil : cette disposition adapte deux exigences de forme spécifiques afin de rendre possible la conclusion des contrats par voie électronique. Il faut noter que l'obligation de résultat prévue à l'article 9 paragraphe 1 de la directive nécessite de supprimer toutes les exigences légales susceptibles de gêner l'utilisation des contrats par voie électronique tout le long des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel (voir considérant 34).

Ainsi, si la réglementation française contient d'autres exigences de ce type, elle devrait être adaptée avant le 17 janvier 2002. - l'alinéa e) du nouvel article 1369-3 [devenu 1369-1] du code civil : il n'est pas certain que les "règles professionnelles et commerciales" visées par cette disposition recouvrent clairement les "codes de conduites" auxquels l'article 10 paragraphe 2 de la directive fait référence » ;

- des observations sur l'article 18 : « Au paragraphe III, il devrait être clarifié que les obligations qui y sont prévues, notamment la déclaration auprès du Premier ministre, en cas de fourniture, de transfert ou d'importation d'un moyen de cryptologie depuis un Etat membre n'est pas applicable lorsque ces activités sont faites à titre professionnel, à distance et par voie électronique, par un prestataire de service établi dans un autre Etat membre. Dans le cas contraire cela constituerait une restriction contraire à l'article 3 paragraphe 2 de la directive (et à l'article 18 [devenu article 7] premier alinéa du projet de loi) » ;

- des observations sous le point B : « Certaines dispositions de la directive ne semblent pas avoir fait l'objet d'une mesure de transposition dans ce projet, en particulier : l'article 5 paragraphe 2 ; l'article 8 paragraphe 1 qui contient un principe selon lequel la communication commerciale en ligne doit être autorisée pour les professions réglementées étant entendu que son contenu doit respecter les règles professionnelles ; l'article 17 paragraphe 1 de la directive qui nécessite de s'assurer que la réglementation nationale n'empêche pas la dématérialisation des procédures de règlements extrajudiciaires ; l'article 18 qui vise en particulier à garantir que la violation des dispositions nationales transposant la directive puisse donner lieu à des actions collectives de consommateurs dans les conditions fixées par la directive 98/27/CE sur les actions en cessation, l'article 19 qui vise en particulier à établir des « points de contacts » chargés d'assister les consommateurs ».

La Commission rappelle que ces observations doivent être prises en compte pour assurer une transposition correcte de la directive.

Par ailleurs, la Commission souhaite faire des observations sur certaines nouvelles dispositions introduites dans le projet qui fait l'objet de la présente notification :

Article 43-8 (article 2)

Comme elle l'avait déjà fait dans ses précédentes observations, la Commission note que le nouveau libellé ne s'aligne toujours pas avec celui de l'article 14 de la directive, notamment en faisant référence à la notion de stockage "direct et permanent" ou à "la mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages..." et en n'utilisant pas les termes « à la demande d'un destinataire du service ». En outre, le libellé de l'article 43-8 de l'avant-projet a été modifié pour être formulé en termes positifs (cas où le prestataire sera considéré comme civilement responsable) alors que l'article 14 de la directive (comme l'avant-projet) détermine les cas dans lesquels un prestataire peut se prévaloir d'une exemption de responsabilité. Selon l'interprétation qui serait donnée, ces divergences de libellé pourraient avoir pour conséquence que les activités de stockage visées dans le projet d'article 43-8 ne correspondraient pas totalement à celles visées à l'article 14 de la directive.

Article 43-9 (article 2)

Cet article relatif à la responsabilité pénale modifie de manière substantielle l'article 43-8 II de l'avant-projet notifié sous le numéro 2002/454/F. En vertu de ce nouvel article 43-9, le fait qu'un hébergeur « ne pouvait ignorer le caractère illicite » d'une information qu'il héberge permettrait d'engager sa responsabilité.

Cette modification ne serait pas conforme au critère fixé par l'article 14 de la directive qui repose sur le fait que le prestataire n'ait pas "effectivement connaissance" de l'activité ou de l'information illicites et non sur la supposition qu'il est censé ne pas ignorer le caractère illicite de ce qu'il héberge. En outre, un tel critère ferait peser une insécurité juridique sur les hébergeurs. Ce projet d'article devrait donc être modifié et son libellé aligné sur celui de l'article 14 de la directive pour constituer une transposition conforme.

Article 43-11 (article 2)

Le deuxième alinéa de cet article a introduit une obligation générale de "mettre en œuvre les moyens conformes à l'état de l'art pour prévenir la diffusion de données constitutives des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-43 du code pénal". Cette disposition serait incompatible avec l'article 15 paragraphe premier de la directive qui interdit aux Etats membres de soumettre les prestataires intermédiaires à une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou qu'il stockent ou à une obligation générale de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites. La directive ne prévoit aucune dérogation pour certaines catégories d'infractions. L'obligation de prévention de certaines infractions prévues à l'article 43-11 serait en contradiction avec la directive car elle constitue une obligation de caractère général qui pèse en permanence sur tous les prestataires intermédiaires. Le deuxième alinéa de l'article 43-11 devrait donc être supprimé.

Article 6

Cet article a été modifié pour insérer une définition du commerce électronique qui se limite à couvrir l'activité par laquelle un professionnel, "...s'engage à assurer, contre paiement, la bonne fin d'une fourniture de biens ou d'une prestation de services, après en avoir reçu la commande à distance et par voie électronique". Ainsi seraient exclues toutes les activités économiques en ligne gratuites comme les sites qui ne font que de la communication commerciale, les moteurs de recherches, les sites de journaux en ligne, les hébergeurs et fournisseurs d'accès gratuits, les sites d'enchères, et autres services de communication publique en ligne. Cette définition déterminant le champ d'application du titre II de la loi dans lequel figure un grand nombre de dispositions (notamment les articles 7, 8 et 9) transposant la directive, la transposition de la directive ne s'appliquerait qu'aux sites transactionnels payants et non à l'ensemble des services de la société de l'information couverts par la directive. Ainsi, l'article 6 constituerait une transposition incorrecte de la directive.

L'article 6 devrait donc être modifié pour couvrir clairement l'ensemble des activités visées par la notion de "services de la société de l'information" définie à l'article 2 paragraphe a) de la directive et, ainsi, pour soumettre ces activités aux dispositions de la loi transposant la directive, en particulier l'ensemble des dispositions du titre II du projet. Comme cela est expliqué au considérant 18 de la directive "Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services". La Commission rappelle que revenir à la formulation de l'article 6 de l'avant projet de loi précédent (notification 2002/454/F) n'est pas une solution appropriée en raison des ambiguïtés

que la Commission avait déjà notées dans ses observations.

Article 7

Le paragraphe II 1° de cet article a été modifié pour ajouter "conformément aux engagements internationaux souscrits par la France". La référence aux engagements internationaux souscrits par les Etats membres ne figure pas parmi les dérogations prévues dans l'annexe de la directive et donc ne saurait élargir la portée des dérogations. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, toute dérogation à un principe posé par le droit communautaire doit faire l'objet d'une interprétation stricte.

Article 9

Un alinéa a été ajouté après le point 4 précisant que "Les dispositions du présent article sont applicables à toute personne concourant directement à la transaction, dont une liste sera établie, en tant que de besoin, par décret". La portée de cette disposition, en particulier la référence à « toute personne concourant directement à la transaction » n'est pas claire. En outre, cette disposition n'est pas nécessaire si l'intention était de soumettre les prestataires intermédiaires aux obligations de transparence, car ils le seront après la modification de l'article 6 demandée ci-dessus. La Commission rappelle que les obligations de transparence prévues à l'article 5 de la directive s'appliquent à tous les services de la société de l'information.

Article 11

L'article 121-15-1 prévoit une obligation d'identifier clairement les offres promotionnelles et les concours ou jeux promotionnels conformément à l'article 6 § c et d de la directive en la limitant toutefois aux seules publicités adressées par courrier électronique. Il faudrait élargir la portée de cette disposition pour couvrir toutes les autres communications commerciales, telles que par exemple une offre ou un concours promotionnel sur un site Internet.

III. Remarques spécifiques concernant le domaine de la cryptologie

La Commission constate que les observations du 26 février 2003 concernant le domaine de la cryptologie n'ont pas été prises en compte.

Il s'agit des observations suivantes :

« Article 18 et 19

L'article 18 concerne la fourniture, le transfert depuis ou vers un Etat membre de la Communauté européenne, l'importation et l'exportation des moyens de cryptologie. La Commission demande aux autorités françaises d'ajouter après la référence aux Etats membres de la Communauté européenne, la référence aux pays AELE, signataires de l'Accord sur l'Espace économique européen. En effet, la Commission rappelle aux autorités françaises que, lors de l'application du projet notifié et, notamment lors de l'adoption de ses décrets d'application, les pays AELE devraient être traités sur un pied d'égalité avec les Etats membres de la Communauté.

Le projet de loi notifié introduit dans son article 18 une distinction entre les moyens de cryptologie ayant des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité, notamment à des fins de signature électronique, et les moyens de cryptologie n'assurant pas exclusivement ces fonctions.

L'article 18, sous III, dispose que le transfert depuis un Etat membre de la Communauté européenne des moyens de cryptologie n'assurant pas exclusivement des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité est libre sous condition que le fournisseur ou la personne procédant au transfert les déclare au préalable auprès du Premier ministre et tienne ensuite à la disposition de celui-ci une description des caractéristiques techniques du moyen en question.

Les conditions d'application seront fixées ultérieurement par décret.

La Commission estime que la condition de déclaration au préalable auprès du Premier ministre, pour les transferts intra-communautaires des moyens de cryptologie depuis un Etat membre de la Communauté européenne, prévue dans l'article 18, sous III, pourrait représenter une entrave substantielle à la libre circulation des produits dans le marché intérieur. Par ailleurs, des obligations génériques de ce genre seraient contraires aux dispositions du règlement n° 1334/2000 du 22 juin 2000 établissant un régime communautaire des contrôles à l'exportation des biens et technologies à double usage, qui dans son article 21, point 1, prévoit que seuls les produits et technologies à double usage listés dans l'annexe IV du règlement en question sont en principe soumis à un régime d'autorisation pour les transferts intra-communautaires.

Les dispositions de l'article 21, point 6, du même règlement 1334/2000 prévoient certes la possibilité pour les autorités compétentes d'imposer à travers une initiative législative nationale, de demander des informations additionnelles sur des transferts intra-communautaires partant de cet Etat membre sur les biens listés dans la catégorie 5, partie 2, de l'annexe I qui ne figurent pas dans l'annexe IV.

La Commission estime néanmoins que les dispositions de l'article 18 du projet de loi notifié vont bien au-delà des dispositions de l'article 21, point 6, prévues dans le cadre du règlement 1334/2000, entre autre puisqu'elles concernent aussi des transferts intra-communautaires depuis un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France.

L'article 18, sous IV du projet notifié dispose pour sa part que le transfert vers un Etat membre de la Communauté européenne d'un moyen de cryptologie n'assurant pas exclusivement des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité est soumis à autorisation du Premier ministre.

Les conditions d'application seront fixées ultérieurement par décret.

La Commission estime que la condition d'autorisation préalable du Premier ministre, pour les transferts intra-communautaires vers un Etat membre de la Communauté européenne, des moyens de cryptologie prévue dans l'article 18, sous IV, pourrait représenter une entrave substantielle à la libre circulation des produits dans le marché intérieur. Par ailleurs, des obligations génériques de ce genre seraient contraires aux dispositions de l'article 21 du règlement n° 1334/2000, qui dans son article 21, point 1, prévoit que seuls les produits et technologies à double usage listés dans l'annexe IV du règlement en question sont en principe soumis à un régime d'autorisation pour les transferts intra-communautaires. Ce même article prévoit que, sous certaines conditions, un Etat membre peut décider qu'une autorisation est requise pour le transfert d'autres biens à double usage vers un autre Etat membre, cela notamment quand la destination finale des biens en question est située à l'extérieur de la Communauté. Or, le projet notifié ne fait aucune référence aux conditions énumérées dans le règlement.

En outre, la notion introduite dans le présent avant-projet de loi sur la distinction entre les moyens de cryptologie assurant des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité et ceux n'assurant pas exclusivement ce genre de fonctions semble, au moins d'un point de vue technologique, contestable puisqu'il s'avère dans la pratique qu'il est très difficile de faire la distinction entre ces deux fonctions. En effet, la plupart des moyens de cryptologie sur le marché actuellement ne font pas cette distinction, mais sont utilisables pour les deux fonctions à la fois.

La Commission tient à rappeler aux autorités françaises que des discussions bilatérales sur cette distinction se sont déroulées à maintes reprises par le passé. Les discussions entre experts ont démontré qu'il est techniquement impossible de faire cette distinction puisque les conventions (ou algorithmes de chiffrement) utilisées par les moyens de cryptologie pour faire de l'authentification ou un contrôle d'intégrité et celles permettant d'assurer des fonctions de confidentialité sont identiques.

L'article 19 du projet introduit une obligation de déclaration auprès du Premier ministre pour l'activité de fourniture de prestations de cryptologie. La Commission considère que cette obligation pourrait représenter une entrave substantielle à la libre circulation des services dans le marché intérieur : elle est imposée en effet d'une manière systématique et généralisée, sans considération ou définition des circonstances spécifiques dans lesquelles elle pourrait, le cas échéant, s'avérer nécessaire et proportionnelle à la protection, par exemple, d'objectifs de sécurité publique.

En conséquence, les dispositions de droit pénal prévues dans l'article 23, et plus particulièrement celles du point I, sous a) et b) [devenus points 1° et 2°] et du point II (à considérer probablement comme point III)) [devenus point III] qui traitent des sanctions en cas de violation des obligations d'obtentions d'autorisation et de déclaration pour les transferts intra-communautaires comme prévu respectivement dans les articles 18 et 19 du projet notifié, demandent un réajustement en ligne avec les éléments de l'avis de la Commission susmentionnés. »

David O'Sullivan
Secrétaire général
Commission européenne

sent to :

BELNotif Qualité et Sécurité
[REDACTED]

BundesMinisterium für Wirtschaft Referat XA2
[REDACTED]

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit - Abteilung C2/1



Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit - Abteilung C2/1



Departement of Trade and Industry - Standards and Technical Regulations - Dir 2



ELOT



Erhvervs- og Boligstyrelsen



Institut Belge de Normalisation



Instituto Português da Qualidade



Kauppa- ja teollisuusministeriö



Kommerskollegium



Min. de Asuntos Exteriores



Ministerie van Financien Belastingdienst - Douane / CDIU



Ministero dell'Industria, del commercio e dell'artigianato



NSAI



National Agency for Enterprise & Housing



SQUALPI



Service de l'Energie de l'Etat

